



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

ANA LUIZE DE AZEVEDO SANTULLO

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

BRASÍLIA

2014

ANA LUIZE DE AZEVEDO SANTULLO

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do Curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Julio César Lérias Ribeiro

BRASÍLIA

2014

ANA LUIZE DE AZEVEDO SANTULLO

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do Curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Julio César Lérias Ribeiro

Brasília, ____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora:

Prof. Júlio César Lérias Ribeiro

Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

À Deus e a Nossa Senhora, por me serem a razão de todas as minhas conquistas.

À minha mãe, por ser meu maior exemplo e a mulher mais forte que já conheci.

Ao meu avô Oyama, por ser o avô e o homem mais incrível do mundo.

À minha avó Ana Ligia, por seu apoio e amor incondicional.

À Andréia, por me mostrar a pessoa que quero me tornar

Ao Igor, por estar do meu lado em cada passo da conclusão deste trabalho, me ajudando e acreditando sempre em mim.

À Carol, por me aguentar todos os dias e ser minha companhia em todos os momentos da conclusão deste curso.

Ao Mário, por nunca duvidar da minha capacidade.

À Luka, por sua amizade insubstituível.

Ao Júlio Lérias, por uma orientação ímpar.

RESUMO

Esta monografia trata da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance. A questão central desta pesquisa é a possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro. A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto, uma vez que resta comprovado que a perda de uma chance configura fato reparável e que este fato entra no pressuposto do dano provável. Este instituto é amplamente acolhido pela doutrina civilística brasileira. Inicialmente foi realizado um estudo da responsabilidade civil e do dano como seu pressuposto, bem como de sua relação com a teoria da perda de uma chance. Em seguida, foi abordada a evolução da teoria da perda de uma chance no direito contemporâneo e os institutos correlatos no ordenamento jurídico brasileiro, sempre estabelecendo os requisitos para sua aplicação. Por último, foi feita uma análise da jurisprudência pátria de forma a verificar o uso da teoria nos Tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Jurisprudência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE	10
1.1 Responsabilidade Civil: Generalidades	10
1.2 Dano como pressuposto da responsabilidade civil	15
1.3 A doutrina da perda de uma chance e o dano na responsabilidade civil	20
CAPÍTULO 2 A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO CONTEMPORÂNEO	25
2.1 Perda de uma chance no direito estrangeiro	25
2.2 Perda de uma chance e institutos assemelhados no ordenamento jurídico brasileiro	30
2.3 Perda de uma chance e sua aplicação à luz do Código Civil Brasileiro	35
CAPÍTULO 3 A PERDA DE UMA CHANCE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	40
3.1 Jurisprudência favorável à tutela da perda de uma chance	40
3.1.1 <i>Dados do julgado: Superior Tribunal de Justiça, RESP 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010</i>	40
3.1.2 <i>Dados do julgado: Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 7.219.871-9, 11ª Câmara de Direito Privado, Rei. Desembargador MOURA RIBEIRO, j. em 27/11/2008</i>	42
3.1.3 <i>Dados do julgado: Superior Tribunal de Justiça, RESP 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009</i>	44
3.2 Jurisprudência favorável com aplicação inadequada	45
3.2.1 <i>Dados do julgado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70003568888, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 27/11/2002</i>	45
3.2.2 <i>Dados do julgado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº</i>	

70005473061, Nona Câmara Cível, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 10/12/2003 47

3.2.3 Dados do julgado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2003.001.19138. Relator: Desembargador Ferdinando do Nascimento. Rio de Janeiro. Julgado em 07 de outubro de 2003. 49

3.3 Jurisprudência desfavorável à tutela da perda de uma chance 50

3.3.1 Dados do julgado: Superior Tribunal de Justiça, RESP 32575/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/1997, DJ 22/09/1997, p. 46396 50

CONCLUSÃO 52

REFERÊNCIAS 55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a abordagem da responsabilidade civil por perda de uma chance e sua aplicação no Direito brasileiro. Entende-se como perda de uma chance a interrupção de uma situação fática em que se almejava obter no futuro algo benéfico ou de evitar determinado prejuízo. Situações fáticas como não progredir na carreira artística ou militar por ato ilícito de terceiro, deixar de recorrer de uma decisão desfavorável por falha do advogado são reconhecidas como hipóteses em que cabe indenização por perda de uma chance.

A escolha do tema se deve à atualidade do assunto, que tem sido objeto de debate pela doutrina e pela jurisprudência com divergência relevante da comunidade jurídica. Além disso, trata-se de temática ainda pouco abordada em publicações doutrinárias no Brasil.

Assim, coloca-se a questão central desta pesquisa: é possível a aplicação da teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro? A hipótese responde afirmativamente ao problema proposto, conforme será verificado nos argumentos a serem desenvolvidos nos capítulos desta pesquisa. Esta verificação terá como base as particularidades da responsabilidade civil e da teoria da perda de uma chance, a sua aplicação no direito estrangeiro e à luz do código civil brasileiro, e, por fim, a realidade da perda da chance na jurisprudência e seus desdobramentos. O trabalho está dividido em três capítulos, contendo doutrina, legislação contemporânea e direito brasileiro comparado com o estrangeiro.

No primeiro capítulo serão abordados os aspectos gerais da responsabilidade civil. Posteriormente será definido o dano como pressuposto da responsabilidade civil. Por fim, a doutrina da perda de uma chance será analisada como parte integrante da responsabilidade civil.

No segundo capítulo, discutir-se-á a definição do instituto da responsabilidade por perda de uma chance e seus aspectos no direito comparado, tais como os direitos francês, o italiano e o inglês. Passar-se-á a abordar a teoria da perda de

uma chance sob o enfoque do ordenamento jurídico brasileiro e em comparação com os institutos assemelhados.

No terceiro capítulo, apresentar-se-á a interpretação jurisprudencial da responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil. Investigar-se-á na primeira parte deste capítulo a jurisprudência favorável à tutela da perda de uma chance abordando questões como respeito aos critérios de seriedade e realidade; a quantificação da chance e o limite máximo de sua valoração; e a aplicação da perda da chance tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

Após isto, observar-se-á a jurisprudência favorável a tutela com aplicação inadequada da teoria, tal como não reconhecimento do caráter material da teoria da perda de uma chance; a reparação do resultado esperado e não da chance perdida e da reparação somente de dano moral. Por fim, a jurisprudência desfavorável à tutela da teoria da perda de uma chance.

O marco teórico utilizado na pesquisa diz com a doutrina, legislação e jurisprudência contemporânea brasileira do direito civil. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica e a documental.

CAPÍTULO 1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

Para começar a análise da responsabilidade civil por perda de uma chance, deve-se estudar os pressupostos básicos da responsabilidade civil em geral, assim como observar o dano e a relação da teoria em estudo com ele.

1.1 Responsabilidade Civil: Generalidades

A palavra *responsabilidade* tem origem no vocábulo latim *re-spondere*, que significa a idéia de segurança ou garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado. Esta responsabilidade surge a partir de uma ofensa a um interesse que enseja o pagamento de uma indenização pecuniária à pessoa lesada.¹

Este conceito foi muito discutido e na atualidade se reflete nos ensinamentos de Maria Helena Diniz que expõe que a responsabilidade civil seria o emprego de medidas que compelem uma pessoa a recompor dano moral ou patrimonial ocasionado a terceiros, por meio de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.²

De acordo com Pablo Stolze são visualizadas três funções para a responsabilidade civil: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva³. Na primeira, fica claro a intenção de restaurar as coisas ao seu estado anterior a ofensa praticada. A segunda se completa com a primeira, uma vez que ao ser obrigado a restaurar o dano causado o ofensor é punido pelos seus atos e sua punição abrange a terceira função ao servir de exemplo para a sociedade desmotivando futuras ações similares.

Cabe ressaltar que são várias as espécies de responsabilidade tais como: penal e civil, contratual e extracontratual ou aquiliana, subjetiva e objetiva.

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2012.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7, p. 40.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88 - 89.

Primeiramente, na responsabilidade penal há uma violação de uma norma de direito público com reparação em prol da sociedade que busca o fim do desequilíbrio social. Por outro lado na responsabilidade civil há violação de norma de direito privado, com eventual reparação individual para que cesse o desequilíbrio individual.

A responsabilidade contratual como seu próprio nome revela decorre da inexecução de um contrato bilateral, como é sabido em um contrato as partes exprimem sua vontade e se obrigam a agir de acordo com o mesmo. Neste caso aplica-se os artigos dos artigos 389 e 395 do CC/2002 e a culpa não é valorada, uma vez que a parte que deu causa ao descumprimento do contrato deve necessariamente reparar o dano.

Como observa Pablo Stolze a responsabilidade civil contratual precisa que vítima e autor tenham se aproximado previamente e se associado para executar uma ou mais obrigações, nesta linha fica claro que a culpa contratual tem origem no dever de cumprir o contrato e a culpa aquiliana é a violação de não causar dano a ninguém.⁴

A responsabilidade aquiliana não emana de nenhum contrato e sim de uma obrigação legal, portanto há um dever geral de cautela. Sendo assim, aplica-se o artigo 186, CC e a culpa deve ser provada pela vítima, exatamente por não haver nenhum vínculo jurídico anterior entre as partes. Carlos Roberto Gonçalves esclarece esta diferença ao apontar que na responsabilidade contratual só se faz necessário a prova do descobrimento da obrigação e o devedor pode alegar culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior para se eximir da condenação.⁵ Por outro lado, na responsabilidade extracontratual o autor da ação deve provar culpa do agente, sendo assim a dificuldade de obtenção de reparação nesta responsabilidade é maior uma vez que a prova a ser feita é mais complexa.

A responsabilidade subjetiva esta fundada na ideia de culpa do agente, culpa essa que deve ser provada pela vítima para obtenção da devida reparação, conforme estabelecido nos artigos 186 e 927 do CC. O artigo 186 estabelece que se

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88 - 89.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.132.

alguém por ação, omissão, negligência ou imprudência causar prejuízo a outrem terá o dever de reparar, entretanto o ônus da prova é da vítima.

Sérgio Cavalieri Filho declara que quando um indivíduo através de um ato ilícito transgredir direito de outrem e lhe acarretar dano constitui-se o ato ilícito e deste ato decorre o dever de indenizar. Esta transgressão deve ser compreendida como sendo de todo direito subjetivo, não só os absolutos como também os relativos.⁶

No entanto, se tornava muito difícil em algumas ocasiões para as vítimas comprovarem a culpa do agente e assim surgiu a teoria do risco que responsabiliza o agente independente de qualquer comprovação de dolo ou culpa, portanto cabe indenização somente pelo fato de ser um risco inerente a atividade desenvolvida por ele.

Esta teoria tem cinco variações: risco proveito, risco profissional, risco criado, risco administrativo e risco integral. No risco proveito a atividade que traz benefícios é por si só arriscada; no risco profissional há o risco inerente às atividades de trabalho; no risco criado a atividade de um particular coloca a vítima em risco; no risco administrativo a atividade da administração cria um risco específico e o risco integral necessita apenas da comprovação da ocorrência do dano.

À vista disto, surge a responsabilidade objetiva em que para a reparação do dano ocorrer é desnecessário qualquer comprovação de culpa ou dolo de acordo com o parágrafo único do artigo 927 do CC. Sobre isto, esclarece Caio Mário da Silva Pereira que o que rege a responsabilidade civil é a ideia de culpa, entretanto sendo esta insatisfatória o legislador deve estabelecer casos em que a culpa não precisa estar presente. Sendo assim, conclui-se que a reparação não deve ser extraída do conceito de culpa nos casos autorizados por lei e os sistemas jurídicos tendem a tutelar cada vez mais estes referidos casos, uma vez que manter a reparação intrinsecamente ligada à culpa é impedir o progresso⁷

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 38.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Os pressupostos da responsabilidade civil são: a) conduta; b) nexo causal; c) dano. Inicialmente temos a conduta como comportamento humano positivo ou negativo (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo⁸. Deste conceito pode ser retirado os elementos da conduta como sendo: comportamento humano, positivo ou negativo, vontade e a consequência jurídica. O comportamento humano positivo é a ação, o negativo consiste na omissão, a vontade é a autonomia de escolhas do agente e por fim a consequência jurídica é o dano ou prejuízo que se encaixa no mundo jurídico.

O nexos de causalidade pode ser definido como a conexão normativa entre a conduta humana e o resultado danoso. Maria Helena Diniz conceitua como a relação necessária entre o o prejuízo e a ação, sendo assim o fato lesivo deve ser originado da ação ou como sua consequência possível⁹

Para esclarecer este tema foram criadas diversas teorias dentre elas: teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência das condições é utilizada no direito penal, uma vez que todas as condições que concorrem para o resultado do ato ilícito se equivalem como causas. Assim não há diferença entre causa e concausa e todas elas tem a mesma importância na análise do caso concreto, por exemplo, a venda de uma arma de fogo por um comerciante se equivale como causa para o resultado de um homicídio.

A teoria da causalidade adequada nem todas as condições serão consideradas causas para a produção do resultado, mas somente a condição mais idônea para a produção do resultado será a causa. Pablo Stolze explana esta teoria da seguinte forma: “não se poderia considerar causa “toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado”, (...),mas sim, segundo um juízo de probabilidade, apenas o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso”.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88 - 89.

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 7. p. 109.

Diversamente, a teoria da causalidade direta e imediata ou teoria da interrupção do nexo causal. Nesta teoria para que uma condição seja considerada causa deve haver uma relação direta entre o fato e o dano. O fundamento legal desta teoria é o art. 403 do CC: *Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.*

Assim, se alguém acidentado ao ser levado ao hospital por uma ambulância, falece em decorrência de uma colisão entre a ambulância e outro carro, o responsável pelo primeiro dano sofrido pela vítima responderia somente pelos ferimentos sofridos por esta. Pela morte da vítima ocorrida em virtude da colisão entre a ambulância e o outro veículo responderia o motorista da ambulância, ou o motorista do carro, ou ambos. O causador do primeiro evento não responde por todos os prejuízos, ou seja, pelos ferimentos e pela morte, pois segundo esta teoria, cada agente responde apenas pelos danos que resultam direta e imediatamente de sua conduta¹⁰.

Por fim, o último elemento é o dano. O dano é a lesão patrimonial ou não causada pelo sujeito infrator. Esta lesão, ou seja, o dano é sempre um pressuposto da responsabilidade civil, segundo explicita Sérgio Cavalieri Filho, uma vez que não se pode falar em reparação, indenização ou até mesmo responsabilidade sem dano anterior. Sendo assim, qualquer que seja a espécie de responsabilidade o dano é elemento intrínseco da mesma e com a sua falta não há o que se recompor.¹¹

Os elementos do dano e sua importância para a responsabilidade civil serão abordados no tópico a seguir.

¹⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 92

1.2 Dano como pressuposto da responsabilidade civil

O dano é a *lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator*¹². O dano é um pressuposto, como já mencionado, inafastável da responsabilidade civil e está previsto expressamente no artigo 927 do Código Civil: *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), **causar dano a outrem**, fica obrigado a repará-lo.*¹³

Se não houver dano fica descaracterizada a função compensatória da responsabilidade civil e haveria simples enriquecimento ilícito de quem recebe a indenização. Como observa Agostinho Alvim: *“Ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo”*¹⁴

É importante ressaltar que o dano sofrido por um indivíduo não afeta somente a sua esfera individual, posto que este indivíduo vive em sociedade se torna lógico presumir que um dano causado a ele de alguma forma traria consequências a toda a sociedade. Portanto, referido dano afeta o equilíbrio social o qual é tutelado através das leis e do princípio da igualdade e não deve ser perturbado.

Os requisitos do dano estão presentes na violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial; na efetividade ou certeza do dano e na subsistência do dano¹⁵. Primeiramente, a ofensa deve ser dirigida a um bem jurídico de uma pessoa física ou jurídica, aqui se reconhece a ofensa moral independente da ofensa patrimonial.

Necessário verificar, neste ponto, a certeza do dano, ou seja, tem que ser demonstrada a existência do dano como aponta Maria Helena Diniz: “a certeza do

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115

¹³ BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/LEIS/2002/L10406>. Acesso em 10/abril/2014.

¹⁴ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5 ed. Ed. Jurídica e Universitária p.180

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil : Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118-120

dano refere-se à sua existência, e não à sua atualidade ou ao seu montante”¹⁶. Sendo atual (dano emergente) ou pósterio (é igualmente chamado de lucro cessante e é aquilo que possivelmente a vítima iria agregar ao seu patrimônio se não fosse o ato ilícito), a certeza tem de ser demonstrada. A concepção de dano está disposta no art. 402 do CC: *Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu o que razoavelmente deixou de lucrar.*

Não se admite o dano incerto, hipotético ou eventual, uma vez que estes danos poderão não se concretizar. Esta informação se depreende do artigo 402 do Código Civil. No caso de lucros cessantes, o devedor pagará o que a vítima *razoavelmente* deixou de lucrar e não tudo que ela eventualmente poderia lucrar.

A subsistência do dano significa a sua persistência, como verifica Pablo Stolze: “O dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante”.¹⁷

O dano pode ser material/patrimonial ou moral/extrapatrimonial. O dano patrimonial, como a própria denominação já revela, afeta os bens que compõe o patrimônio da vítima, neste patrimônio englobam-se tanto os bens corpóreos, como uma casa, quanto os bens incorpóreos, a exemplo dos direitos autorais.

Para que o dano material seja configurado não há necessidade de que o agente lese diretamente bens sensíveis, é possível que ele o faça através de ofensas morais à vítima. Como exemplo, citado pelo autor Paulo Nader, um órgão de imprensa veicula calúnias contra um funcionário de um estabelecimento de ensino o acusando de praticar pedofilia com alunos. Esta conduta é meio eficiente para causar danos patrimoniais já que fatalmente haverá saída de alunos do estabelecimento.¹⁸

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 16. ed., São Paulo: Saraiva, p. 60.

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil :Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120

¹⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 84.

O dano material precisa ser analisado sob dois aspectos: dano emergente e lucro cessante. O dano emergente reflete o real prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, quanto a vítima perdeu. É a parcela patrimonial diminuída do patrimônio da vítima. Visa à restituição integral dos prejuízos sofridos e atinge o patrimônio **presente** da vítima.

Para Cavalieri “a mensuração do dano emergente não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito”¹⁹. Desta forma, se X colide seu veículo no de Y, terá que indenizá-lo pelos danos emergentes (lâmpada quebrada, para-choque amassado, etc.).

Por outro lado, o lucro cessante corresponde àquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar em razão do dano, ou seja, o que ela não ganhou e assim sua expectativa de lucro ficou prejudicada. Exemplo clássico é o do taxista que por ter seu carro danificado em batida deixa de trabalhar e, portanto, de receber sua remuneração diária. Os lucros cessantes consistem nesta remuneração, isto é, o que a vítima deixou de auferir devido ao dano.

Nada obsta que a vítima sofra simultaneamente danos emergentes e lucros cessantes. Se o motorista Y bate o seu veículo em um táxi X, deverá indenizar o taxista pelos danos emergentes e pelo lucro cessante, ou seja, os dias em que o taxista não trabalhará pelo fato de seu táxi em conserto. Importante ressaltar que os danos emergentes e lucros cessantes devidos são os direitos e imediatos, ou seja, os que resultam imediatamente de uma ação lesiva a bem jurídico alheio. Desta forma, estão excluídos os danos indiretos, uma vez que referem-se a consequências remotas de determinado evento lesivo.

Concluída a abordagem dos danos materiais, segue-se para os danos morais ou extrapatrimoniais. Conceituado como:

Dano moral é a lesão a direito da personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano, sendo que a sanção

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94.

*consiste na imposição de uma indenização, cujo valor é fixado judicialmente.*²⁰

A reparação do dano moral foi, inicialmente, negada pela doutrina, uma vez que não haveria como atribuir ao sofrimento da vítima uma conotação patrimonial e caso tal reparação fosse feita não seria justa já que nada havia, de fato, sido retirado da vítima.

Os argumentos para a irreparabilidade do dano moral foram elencados por Zulmira Pires de Lima como sendo: (i) a falta de um efeito penoso durável; (ii) a incerteza nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; (iii) a dificuldade de descobrir a existência do dano; (iv) a indeterminação do número de pessoas lesadas; (v) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; (vi) a imoralidade de compensar uma dor com dinheiro; (vii) o ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz a impossibilidade jurídica de admitir-se tal reparação²¹

Em um segundo momento, passou-se a admitir a indenização do dano moral, mas apenas quando aliada à comprovação de um prejuízo patrimonial, dado que o dano patrimonial absorveria o moral e seria portanto indenizado. Por fim, a terceira e atual fase reconhece a reparabilidade integral do dano moral baseado no artigo 5, V e X da Constituição Federal e no entendimento cristalizado no verbete 37 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: *“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”*.

O dano moral possui as mesmas finalidades da responsabilidade civil em seu aspecto geral. São elas: compensatória, punitiva e preventiva. O Brasil não adota a teoria do direito anglo-saxão dos *“punitive damage”*, a punição nesta teoria é um valor a parte e na brasileira está incluída no valor do dano moral. O sistema brasileiro prevê apenas o pagamento de um valor que satisfaça às três finalidades.

É importante também salientar a possibilidade da reparação de dano moral sofrido por pessoa jurídica. Esta foi uma questão muito controversa na doutrina e na jurisprudência brasileira dado que uma parte da doutrina defendia que os direitos da

²⁰ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p 153-154.

²¹ LIMA, Zulmira Pires. *Algumas considerações sobre a responsabilidade civil por danos morais*, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2.º suplemento, Coimbra, 1940, v. XV, p. 240.

personalidades tutelados no dano moral são sentimentos, isto é, “dores da alma” e a pessoa jurídica não possuía tal sentimentos, sendo assim não poderia ser vítima de danos morais. Enquanto, outra parcela defendia que a legislação descartou a possibilidade desta pessoas terem seus direitos ofendidos, garantia prevista pelo artigo 52 do Código Civil que assegura a proteção dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas.

A Constituição Federal também não descartou esta possibilidade, o artigo 5.º, X dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nessa linha, Pablo Stolze afirma que este dispositivo não estabeleceu nenhuma diferença entre pessoas físicas e morais. A interpretação desse dispositivo não deve ser executada de forma restritiva, visto que trata-se de direito fundamental²². Neste contexto o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 227: “*A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*”.

Outro ponto controverso da reparação de dano moral é a sua prova. Sérgio Cavalieri Filho atesta que por não se tratar de algo sensível, não há como se fazer uso dos mesmos modos de prova do dano material. Não há como a vítima provar, por exemplo, através de documentos a violação de sua honra ou a humilhação pela qual passou. O dano moral está incorporado na ofensa, assim ao se provar a ofensa o dano é presumido.

Também é complexa a estipulação de um valor para a compensação por dano moral. No Brasil, não há uma tabela com os valores específicos para cada ofensa e nem tarifas específicas para quantificar o dano, sendo assim os valores são arbitrados pelo juiz. O juiz deverá levar em consideração as circunstâncias de cada caso específico e utilizar como fundamento o princípio da razoabilidade a fim de evitar injustiças

Estabelecida a importância e as características do dano na responsabilidade civil, passa-se a analisá-lo pela perspectiva da teoria da perda de uma chance.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185

1.3 A doutrina da perda de uma chance e o dano na responsabilidade civil

A teoria da perda de uma chance foi muitas vezes vista como parte integrante da evolução do conceito de nexo causal, entretanto uma parte dos doutrinadores direcionou seu estudo a evolução do conceito de dano. Citados doutrinadores observam que a ampliação dos danos passíveis de reparação está ligada ao avanço da responsabilidade civil em seus aspectos de objetivação e coletivização.²³

Nancy Levit em seu artigo no George Washington Review introduz o conceito de "*Ethereal Torts*". A autora estabelece os acontecimentos que contribuíram para o surgimento de um novo conceito de dano, mais abrangente e menos pétreo. A responsabilidade civil tratava somente da reparação de danos diretos e tangíveis sendo materiais ou pessoais, em um segundo momento, passou a reparar danos morais e danos a expectativa de interesses, ou seja, danos intangíveis. Assim, de acordo com a autora, o conceito de "*ethereal torts*" abrange as causas de ações intangíveis ou com ferimentos emocionais ou privação de expectativas e chances.²⁴

A autora prossegue estabelecendo que o conceito de "*ethereal torts*" é mais visível na área da perda de uma chance. Esta teoria mostra as mudanças de conceitualização do dano e o abraço do pensamento probabilístico considerando a incerteza como elemento das relações jurídicas.

Inicialmente, reconheceu-se que a perda de uma chance ensejava a reparação civil em demandas relacionadas a erro médico, quando, por exemplo, o médico falhava no diagnóstico. Primeiramente, a responsabilidade só era aceita quando o paciente tinha mais de 50% de chance de sobrevivência e perdeu, por exemplo, por falta de tratamento adequado, mas, posteriormente, os tribunais passaram a contemplar a reparação para toda porcentagem de chance.

A teoria da perda de uma chance constitui perfeito exemplo de ampliação do conceito de dano reparável. Ela tem como objeto a interrupção de uma situação fática em que se almejava obter no futuro algo benéfico ou de evitar determinado

²³ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003 e PETEFFI, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.73

²⁴ Levit, Nancy. *Ethereal torts*. George Washington Law Review, v. 61, nov. 1992 p. 139

prejuízo. Situações fáticas como não progredir na carreira artística ou militar por ato ilícito de terceiro, deixar de recorrer de uma decisão desfavorável por falha do advogado são reconhecidas como hipóteses em que cabe indenização por perda de uma chance.²⁵

Fernando Noronha afirma que na perda de uma chance esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e por esta razão a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Ele afirma que a chance perdida pode resultar tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem futura, como na frustração da oportunidade de evitar um dano que já se verificou.²⁶

Caio Mário esclarece que “a reparação de perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”²⁷. Desta forma, na perda de uma chance clássica, esta chance é retirada da esfera jurídica da vítima por uma ação do agente.

Entretanto, a perda de uma chance atípica surge de uma omissão quando o agente abstêm-se de parar um evento quando tinha a obrigação de fazê-lo, como, por exemplo, um médico que deixa de prescrever um tratamento tempestivo a um paciente que devido a esta omissão falece.

No entendimento de Roberto de Abreu e Silva²⁸, a reparação do dano causado pela perda de uma chance tem origem na possibilidade de que a chance seria realizada e na certeza de que a oportunidade perdida resultou em dano. Logo, a chance seria, nesse contexto, a probabilidade de obter um benefício futuro.

O autor entende que o que a indenização refere-se ao valor econômico da chance, não se faz necessário inquirir acerca do resultado que a vítima poderia ter alcançado na hipótese em que não tivesse sido privada da sua chance.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98

²⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 665

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 72

²⁸ SILVA, Roberto de Abreu e. *A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 68, jul./ago./set. 2006, p. 22.

Referida possibilidade para ser real deve ser também séria e que acarrete ao lesado condições pessoais concretas de pleitear a situação futura esperada. Nesta linha, Cavalieri Filho entende que o benefício esperado pela vítima não pode ser formado por uma mera eventualidade, se fosse assim, estariam sendo premiados oportunismos e não oportunidades perdidas. De acordo com o autor: "*a teoria da perda de uma chance requer que o juiz saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir aos fatos consequências adequadas*"²⁹.

Desta forma, a certeza da chance deve ser profundamente analisada. Uma vez que não é possível determinar qual seria o resultado do evento, como podemos falar em dano certo? De acordo com Sérgio Savi, se a certeza do êxito da chance fosse absoluta, possuiríamos a prova do dano final e a consequente responsabilização integral de todos as vantagens perdidas e pelo contrário se pudéssemos ter certeza de que a chance não aconteceria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar³⁰

Sérgio Savi faz referência ao entendimento do doutrinador italiano Maurizio Bocchiola segundo o qual só é admissível a indenização da chance perdida nas hipóteses em que a vítima provar que a probabilidade de se conseguir a vantagem esperada é superior a 50% (cinquenta por cento). Nos casos em que a probabilidade for menor do que esse percentual, o juiz deverá considerar que a chance que a vítima possuía não era grande o suficiente para dar causa à indenização.³¹

Rafael Peteffi da Silva³² critica a posição do doutrinador italiano por existir casos em que a vítima possuía uma chance razoável, porém inferior a 50%, de alcançar um objetivo, de tal forma que não passaria de uma arbitrariedade negar o

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99

³⁰ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 13

³¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 22.

³² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 142.

provimento das ações de indenização nessas hipóteses, posto que não seria possível sustentar tal decisão efetivamente.

O autor acrescenta que se a posição do doutrinador italiano fosse adotada, nas hipóteses que tratam, por exemplo, de perda da chance de conseguir aprovação em algum concurso, somente teriam êxito os demandantes que concorressem com apenas mais uma pessoa, visto que apenas desse modo a vítima teria mais de 50% de chance de ser aprovada no concurso. Logo, aquele o candidato eliminado de forma arbitrária do certame, que contava com, por exemplo, três candidatos, não poderia propor ação de indenização, pois teria, nessa hipótese apenas 33% (trinta e três por cento) de chances de obter êxito no exame.

A questão da certeza da chance leva a abordagem dos os conceitos de provável e o aleatório e sua tênue diferença. A dificuldade de estabelecer a diferença entre estes conceitos que teria justificado alguns autores a enquadrar a chance como dano material na modalidade de lucro cessante. Entretanto, nem todos os autores partilham desta opinião surgindo diversas outras correntes para definir a natureza da chance e conseqüentemente a natureza jurídica da perda de uma chance.

A perda de uma chance e o lucro cessante realmente são institutos semelhantes, pois dizem respeito à perda de um ganho futuro. Porém, é possível distingui-los. Bocchiola³³ faz a seguinte diferenciação entre perda de uma chance e lucros cessantes

De um ponto de vista teórico, as duas fattispecies são bastante individualizáveis em suas respectivas características. De fato, se deve determinar como lucro cessante somente o caso em que se verifica a perda de uma possibilidade favorável, que pertenceria a um determinado sujeito como uma probabilidade que representa a certeza; nas hipóteses de perda de uma chance, por outro lado, o acontecimento do resultado útil é, por definição, de demonstração impossível.

Sérgio Savi³⁴, por influência de Adriano de Cupis, considera que a perda de uma chance é uma subespécie de dano emergente. Segundo essa corrente, não há

³³ BOCCHIOLA, Maurizio. *Perdita di una chance e certezza del danno* apud SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 17.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 102.

necessidade de haver certeza do dano para a configuração da obrigação de indenizar, pois considera-se que a chance já é parte do patrimônio da vítima. De tal forma que no momento em que ocorre o ato ilícito que extingue a chance, já estará configurado o dano, porque a oportunidade é algo que foi, de fato, perdido. Não havendo necessidade de se indagar a respeito do que a vítima deixou de lucrar.

Silvio Venosa³⁵ sustenta que a perda de uma chance teria natureza de um terceiro modo de indenização estando no meio do dano e do lucro cessante e que havendo certo grau de probabilidade, a chance se tornaria um dano ressarcível.

Percebe-se, portanto, que a teoria da perda de uma chance foi aplicada sem que fosse considerada dano emergente, lucro cessante ou dano moral. Apenas foi reconhecido o dano proveniente da perda de uma chance.

Pode-se observar na construção da doutrina brasileira da perda de uma chance a absorção de ideias do direito estrangeiro, especialmente, do direito francês e italiano. Nesta linha, analisar-se-á no próximo capítulo, de início, como a ideia indenizatória da perda de uma chance se cristalizou no direito comparado.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Savo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 9 ed., São Paulo: Atlas. 2009. pg . 286

CAPÍTULO 2 A PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Como a perda de uma chance não está prevista expressamente em lei, investigar-se-á neste capítulo o instituto da responsabilidade por perda de uma chance e seus aspectos no direito comparado. Analisar-se-á ainda seus aspectos no ordenamento jurídico brasileiro e sua comparação com os institutos assemelhados.

2.1 Perda de uma chance no direito estrangeiro

A primeira decisão em que foi adotada a teoria da perda de uma chance, como instituto capaz de atribuir responsabilidades foi na França. Em 17 de julho de 1889, a Corte de Cassação Francesa concedeu uma indenização pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de uma demanda lograr êxito mediante o seu normal procedimento.

Com este julgado e com os estudos realizados pelos doutrinadores franceses passou-se a admitir a presença de uma dano diferente do final, ou seja, o dano da perda de uma chance. Surgiu a concessão de uma indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem.

Rafael Peteffi apresenta diversos exemplos da teoria aceitos na jurisprudência francesa, tais como: perda de uma chance de lograr êxito em um jogo de azar; perda de uma chance pela quebra do dever de informar; perda de uma chance de ganhar uma demanda judicial devido a falhas dos advogados e perda de uma chance em matéria empresarial. Esta última foi reconhecida em 2002 pela Corte de Apelação de Paris e é considerada quando há a perda da chance de celebrar um contrato lucrativo ou mesmo de executar um contrato já celebrado³⁶

Posteriormente, outros países passaram a reconhecer e estudar a existência da teoria. Na Itália, o primeiro a abordar a perda de uma chance foi Adriano De Cupis enquadrando-a como dano emergente, prejudicando as oposições acerca da incerteza do dano. Como pode se observar neste trecho do seu livro:

³⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 155

“A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada”³⁷

De acordo com Sérgio Savi, De Cupis fixou outras premissas muito importantes como: a chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura refletindo na indenização; simples esperanças aleatórias não podem ser passíveis de indenização. De Cupis reconheceu a existência de um dano autônomo consistente na chance perdida e limitou a possibilidade de indenização a chances sérias e reais.³⁸

Maurizio Bocchiola sucede De Cupis trazendo o problema da certeza da chance e classifica a perda de uma chance como lucro cessante. Este autor estabelece que se indeniza a possibilidade atual de conseguir determinada vantagem realmente existente no patrimônio da vítima. Ele traz também o fato da vítima ter de demonstrar que a vantagem esperada tinha probabilidade maior que 50% para o dano ser considerado certo e a certeza do dano será aferida através de um cálculo de probabilidade.³⁹

A jurisprudência italiana demorou para acolher a aplicação da teoria e o primeiro julgado favorável a sua indenização foi em 1983 pela *Corte di Cassazione*. Versava o caso sobre o processo seletivo organizado pela empresa ré, a “Stefer”, para a contratação de motoristas. Após serem submetidos a uma série de exames médicos, alguns candidatos foram impedidos pela empresa de participarem das demais provas, que completariam o processo seletivo.

A sentença do juízo de primeiro grau condenou a empresa a indenizar os funcionários que não puderam continuar no processo seletivo porque, segundo o entendimento do juiz, ao impedir os candidatos de prosseguirem no processo

³⁷ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale della responsabilità civile* apud SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10

³⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 12

³⁹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23

seletivo, a empresa os impediu indevidamente de conseguirem o emprego, configurando-se assim hipótese que enseja o pagamento de perdas e danos, segundo a teoria da perda de uma chance. O Tribunal de Roma reformou a sentença justificando que o dano decorrente da perda de chance não pode ser reparado, porque tem natureza meramente potencial. Por sua vez, a Corte de Cassação reformou a decisão do Tribunal e confirmou a sentença de primeiro grau que havia concedido a indenização pela perda da chance.

Os próximos casos julgados pela Corte de Cassação serviram para estabelecer as premissas a serem utilizadas pela mesma em todos os casos de perda de uma chance. De acordo com Sérgio Savi, a Corte passou a utilizar o conceito de dano emergente exigindo uma probabilidade superior a 50% para configuração de um dano certo e na liquidação do dano parte do dano final multiplicado pelo percentual de probabilidade de obtenção do resultado.⁴⁰

Conforme os ensinamentos de Rafael Peteffi da Silva⁴¹, o primeiro caso da teoria da perda de uma chance no sistema da Common Law ocorreu em 1911 na Inglaterra. Nesse caso, a autora era finalista de um concurso de beleza do qual o réu, organizador do concurso, a obstou ilegalmente de participar da fase final. Como as finalistas estavam concorrendo a doze prêmios um dos juízes ponderou que, com a decisão arbitrária da ré, fora tirado da autora vinte e cinco por cento (25%) de chance que ela tinha de ganhar um prêmio. Logo, a indenização não poderia ser superior a essa fração. Segundo a doutrina, esse foi o primeiro caso de perda de uma chance em que se fez um cálculo estatístico para apurar o quantum indenizatório.

Rafael Peteffi Silva traz em sua obra diversos exemplos de julgados de países que adotam o sistema do Common Law. Dentre eles, o *leading case* na matéria no direito inglês, o caso *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*. Neste caso, pode ser observada a diferenciação feita entre os casos em que as

⁴⁰ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed, São Paulo: Atlas, 2009. p. 34

⁴¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 11

chances perdidas representam espécies autônomas de dano e os casos em que elas se configuram como prejuízo dependente do dano final.⁴²

No direito australiano o *leading case* é o *Sellars v. Adelaide Petroleum*. Neste caso, o réu pactuou a compra de ações do autor da demanda e, com uma proposta vantajosa, desistiu do negócio sem motivo. Como resultado, os outros possíveis compradores na começaram a negociar em termos menos vantajosos para o autor. O tribunal entendeu que foi retirada oportunidade de celebração de negócio mais vantajoso. Como a negociação com outros interessados não era totalmente certa, o réu foi condenado a pagar pela probabilidade de quarenta por cento (40%) que o autor tinha de fechar um contrato mais vantajoso.⁴³

No caso *Fryers v. University of Ulster*, julgado na Irlanda, a demandante provou que, por questões raciais, foi impedida de participar da derradeira fase de um processo seletivo para obter um trabalho. O tribunal decidiu que a autora tinha 25% de chance conquistar o emprego e sua indenização baseou-se nesta porcentagem.⁴⁴

Nos Estados Unidos, por sua vez, não há uma jurisprudência dominante uma vez que o seu sistema federativo permite que cada Estado tenha soberania para abordar a responsabilidade civil como entender melhor. Joseph King publicou o artigo *Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences*, que foi um dos primeiros a aprofundar-se na teoria da perda da chance. Nesse artigo, são estabelecidos parâmetros para sua aplicação pelo direito norte-americano. O autor classifica as chances perdidas como uma espécie de dano autônomo e, portanto, indenizável. No entanto, o entendimento de King não é aceito de forma unânime pela doutrina e jurisprudência norte-americana, subsiste, portanto, o debate acerca da natureza jurídica da chance perdida.

⁴² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 179

⁴³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 180

⁴⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 180

Alguns estados aceitam amplamente a indenização pela perda de uma chance enquanto outros nem reconhecem sua aplicação, entretanto, há como se identificar grupos de casos semelhantes na área médica. A maioria dos doutrinadores americanos que discute o assunto trata somente de casos dessa esfera.

Rafael Peteffi indica Polly Lord como sendo um dos poucos doutrinadores que aborda a perda de uma chance fora da esfera médica comparando dois casos aparentemente similares mas que foram tratados pela Suprema Corte de Washington de forma distinta. No caso *Daugert v. Pappas*, o autor reclamava indenização pela má atuação de seu advogado que não havia interposto recurso de apelação, nesse caso, a pretensão do autor foi julgada improcedente pela Corte. Por outro lado, no caso *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound* o pedido do autor foi provido por se tratar de caso de erro médico. Mesmo se verificando uma analogia perfeita entre seus elementos, as decisões proferidas pela Suprema Corte de Washington são diferentes.

O autor conclui esclarecendo que algumas cortes americanas seguem a teoria do professor Joseph King Jr. e consideram que as chances perdidas na seara médica são um prejuízo autônomo do dano final e aceitam a reparação às vítimas. Já em outras cortes, Peteffi observa 3 padrões: a desconsideração das chances perdidas pelo padrão tradicional da causalidade, a aceitação das chances perdidas por meio da causalidade parcial e a utilização da causalidade alternativa para indenizar o dano final sofrido pela vítima.⁴⁵

Tendo como base o direito estrangeiro, o ordenamento jurídico brasileiro passou a encontrar maneira de aplicar a teoria da perda de uma chance dentro dos institutos que já possuía, segundo o que será abordado a seguir.

⁴⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 188

2.2 Perda de uma chance e institutos assemelhados no ordenamento jurídico brasileiro

A perda de uma chance esta ligada a responsabilidade civil patrimonial e extrapatrimonial, no entanto, como já indicado, este instituto não esta previsto expressamente. Há institutos assemelhados previstos na lei brasileira, tais como lucro cessante, dano emergente e dano moral. Referidos institutos assemelhados serão estudados a seguir.

O dano patrimonial, conforme Serpa Lopes⁴⁶, é o que afeta um interesse patrimonial, a um bem de ordem patrimonial. Dessa forma, compreende-se por dano toda a minoração do patrimônio do credor, seja através da perda sofrida ou através do lucro de que é privado. Referido dano compreende os danos emergentes e os lucros cessantes⁴⁷, estes serão explorados a seguir por serem institutos assemelhados a perda de uma chance. Também será objeto do presente trabalho o dano moral que, apesar de ser extrapatrimonial, também está correlacionado com a perda de uma chance.

Os danos patrimoniais são chamados no ordenamento brasileiro de perdas e danos. Carlos Roberto Gonçalves observa que alguns Códigos utilizam a expressão danos e interesses para nomear o dano emergente e o lucro cessante. Para o autor perdas e danos são expressões sinônimas que designam o dano emergente, por outro lado danos e interesses abordam tanto dano emergente quanto o lucro cessante.⁴⁸

A finalidade da reparação das perdas e danos é restaurar o equilíbrio rompido pelo inadimplemento, de forma que é insuficiente somente o pagamento da parcela patrimonial diminuída do patrimônio da vítima. Esta parcela, que compõe os danos emergentes, iria exclusivamente recompor o patrimônio no que lhe foi retirado em razão do dano, mas não compensaria a perda do benefício que a prestação poderia

⁴⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: Obrigações em geral*, 6 ed. V.II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 574

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Obrigações*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 344.

trazer. Assim, de acordo com Caio Mário, para a reparação ser total tem de incluir o que tinha expectativa de ganhar, que razoavelmente deixou de lucrar, que são os lucros cessantes.⁴⁹

Cristiano Chaves de Farias define lucro cessante como sendo o equivalente ao acréscimo patrimonial conferido ao ofendido, se a obrigação contratual ou legal não fosse desobedecida. O autor exemplifica com um caso de furto de uma máquina industrial que foi restituída, um tempo depois, em perfeitas condições para o proprietário. Este proprietário aparentemente não perdeu nada, entretanto valores deixaram de adentrar em seu patrimônio.⁵⁰

Outro exemplo, é o do taxista que dirigia cautelosamente nas ruas da cidade e um cidadão, imprudentemente, bate em seu taxi. Nesta hipótese, o cidadão que por sua conduta ilícita causou dano é obrigado a indenizar a vítima, assim deve indenizar, além do prejuízo material, os valores referentes ao que a vítima ganharia se estivesse trabalhando no tempo em que seu veículo ficar parado para o conserto. Este valores constituem o lucro cessante⁵¹. O lucro cessante deve ser calculado levando em conta o que ordinariamente seria acrescido ao patrimônio do ofendido, caso o dano não tivesse ocorrido, esta é uma ideia presente no artigo 335, CPC.

Agostinho Alvim esclarece que apesar do lucro cessante se referir a danos futuros, feita a sua prova a condenação atual é permitida, uma vez que é a evolução de um fato prejudicial já verificado⁵². O artigo 402 do Código Civil de 2002 estabelece que: "*Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*"⁵³. A segunda parte do citado artigo diz respeito aos lucros cessantes, o termo "razoavelmente" indica que o credor deve indenizar um

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obrigações*. 9. ed. ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 574.

⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 575

⁵² ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5. ed. Ed. Jurídica e Universitária p.174

⁵³ BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/LEIS/2002/L10406>. Acesso em 20/ maio/2014.

montante que provavelmente integraria no patrimônio da vítima, não tivesse o ato ilícito ocorrido.

O Superior Tribunal de Justiça esclarece a expressão utilizada pelo Código Civil:

“Deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom-senso diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes. O simples fato de uma empresa rodoviária possuir frota de reserva não lhe tira o direito aos lucros cessantes, quando um dos veículos sair de circulação por culpa de outrem, pois não se exige que os lucros cessantes sejam certos, bastando que, nas circunstâncias, sejam razoáveis ou potenciais”⁵⁴

O objetivo das perdas e danos não é o enriquecimento ilícito e sem causa, e sim a reparação do patrimônio lesado. Sendo assim, os lucros cessantes não podem ser entendidos e nem calculados como ganho patrimonial além do que decorreria da prestação correta da obrigação. Conforme Fábio Ulhoa Coelho, o devedor deverá pagar ao credor somente o que este deixou de receber em virtude do não cumprimento da obrigação. Uma vez que estes frutos e produtos já fariam parte do seu patrimônio em caso de adimplemento da obrigação.⁵⁵

O lucro cessante só é indenizável dentro dos limites da razoabilidade, como deixa transparecer a própria dicção legal, segundo a qual as perdas e danos devidas ao credor abrangem também ‘o que razoavelmente deixou de lucrar’. De tal forma que não cabe a indenização do lucro ilusório ou utópico que não tenha assento sólido na realidade.

São reparáveis a título de perdas e danos, como preceitua o artigo 402 do Código Civil⁵⁶, tanto aquilo que o credor realmente perdeu, quanto o que razoavelmente deixou de lucrar. O método usado para apurar o valor devido, no que diz respeito aos lucros cessantes, é o juízo de probabilidade que deve considerar apenas o prejuízo que decorra direta e imediatamente do dano que foi sofrido pelo

⁵⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP 61.512/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 25/08/1997, DJ 01/12/1997, p. 62757

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa *Obrigações e responsabilidade civil*. 5a edição. Ed. Savaiva, 2012. p. 374

⁵⁶ BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/LEIS/2002/L10406>. Acesso em: 20/maio/2014.

credor. De tal maneira que os prejuízos relacionados apenas de forma mediata ao inadimplemento não podem ser considerados para o cálculo da indenização. Essa restrição justifica-se para impedir que a indenização por perdas e danos enseje o enriquecimento do indenizado. Posto que ela deve, somente, restaurar a situação que existia antes do evento.

No primeiro momento, os doutrinadores enquadravam a teoria da perda de uma chance na esfera do lucro cessante. De fato, estes institutos são semelhantes na complexidade de se provar o dano, visto que sempre haverá incerteza quanto a efetiva ocorrência dos pressupostos indenizatórios. Bocchiola, conforme Sérgio Savi, esclarece que “aquilo que não aconteceu não pode nunca ser, a rigor, objeto de certeza absoluta; a única coisa indubitável é que uma possibilidade foi perdida, que permanece na condição de hipótese e é privada de verificação completa”.⁵⁷

Posteriormente, percebeu-se que os conceitos de provável e aleatório tornam os institutos muito diferentes, sendo inviável a abordagem da perda de uma chance pelo espectro dos lucros cessantes. No lucro cessante há uma probabilidade objetiva do resultado reparável acontecer caso não tivesse sido interrompido pelo ato ilícito e na perda de uma chance há apenas uma probabilidade aleatória. Sabe-se que há uma probabilidade, no entanto é inviável assegurar que o resultado ocorreria caso o ato ilícito não ocorresse. Sendo assim, a reparação não será aferida com base no valor do lucro esperado e sim com base nos percentuais de probabilidade da chance ser alcançada.⁵⁸

Outro instituto que se correlaciona a perda de uma chance é o dano emergente. O dano emergente é o que ofendido efetivamente perdeu, ou seja, sua real diminuição patrimonial. A perda de uma chance é considerada por muitos uma subespécie de dano emergente, conforme Sérgio Savi, a chance deve ser tida como parte integrante do patrimônio anterior do ofendido, de forma que a certeza do dano já está configurada. Entretanto, se a certeza do dano estivesse configurada estaríamos falando de algo preciso, e não provável como é a teoria da perda de uma chance.

⁵⁷ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 577

Distinta é a posição dos doutrinadores que defendem que a perda de uma chance é um "agregador" ao dano moral, intensificando a ofensa e por consequência o grau de reprovabilidade da conduta lesiva. Dano moral é a ofensa a direito da personalidade independente de agravo patrimonial. Diversos tribunais consideram a perda de uma chance somente no momento de determinar o *quantum debeatur* indenizatório dos danos morais. Um exemplo deste entendimento trazido por Sérgio Savi é o de um concurso público com erro na prova prática de datilografia que causou a reprovação do autor a demanda no concurso.

Ocorre que a aprovação nesta fase do concurso é quase certa para a maioria dos candidatos, entretanto a Administração pública extraviou uma das folhas de prova do ora candidato que restou reprovado. Concluiu-se que a administração retirou a chance que referido candidato tinha de aprovação e em consequência disso deveria indenizá-lo. O juiz da causa considerou procedente a ação, condenando o réu ao pagamento, a título de dano moral, da quantia de 5 salários da função pretendida pela perda da chance de conquistar o cargo público.

Outro exemplo é a aluna de uma escola que por não alcançar nota suficiente durante o ano ficou de recuperação em português. Após o processo de recuperação da matéria ser conduzido de forma imprópria, a estudante não logrou a aprovação e perdeu a chance de continuar com a sua classe e seus amigos. O juiz de primeira instância julgou improcedente o pedido, entretanto o tribunal reformou a sentença julgando procedente o pedido e condenando a escola no pagamento de indenização, a título de danos morais, pela perda da chance de aprovação.⁵⁹

Pelos exemplos acima, fica claro que os tribunais ao considerarem a perda de uma chance como dano moral desconsideram qualquer reparação material, isolada ou combinada com os danos morais. Contudo, há certeza de que além dos danos morais a perda de uma chance causa danos materiais e, por isso, não pode ser admitida como um dano exclusivamente moral.⁶⁰

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Civil nº 70007261795, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Leo Lima, j. em 27/11/2003

⁶⁰ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 57

Parte distinta da doutrina enquadra a perda de uma chance como uma categoria autônoma de dano, uma vez que esta teoria não se encaixa em nenhum dos institutos correlatos visto acima. Ela estaria na metade do caminho entre dano emergente e lucro cessante, a diferenciação seria feita pela separação, no caso concreto, da mera possibilidade para a probabilidade. A Ministra Nancy Andrighi completa esta ideia dizendo que *"é uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não puder se apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final"*.⁶¹

Após esclarecido o enquadramento da teoria da perda de uma chance em algum dos institutos assemelhados no ordenamento jurídico, deve-se analisar a sua aplicação com base nos dispositivos do Código Civil.

2.3 Perda de uma chance e sua aplicação à luz do Código Civil Brasileiro

O artigo 186 do Código Civil fixa uma cláusula geral que é a base da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. Este artigo estabelece que: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*. O resultado do cometimento de ato ilícito é a reparação estabelecida pelo artigo 927: *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.⁶²

Referida cláusula geral de responsabilidade civil foi concebida, da mesma maneira que o Código Civil como um todo, a luz dos ordenamentos jurídicos italiano e francês. Dada a semelhança entre os ordenamentos, Sérgio Savi questiona o motivo de respostas tão diferentes dadas pelo ordenamento brasileiro, pelo francês e pelo italiano à teoria da perda de uma chance. **A resposta foi oferecida por Clóvis Couto e Silva explicando que os artigos 1537 e 1554 do Código Civil de 1916 estabeleciam uma lista de bens protegidos pelo direito brasileiro.** Sendo

⁶¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013

⁶² BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/LEIS/2002/L10406>. Acesso em 30/maio/2014.

assim, os bens que não estivessem nessa lista, não teriam sua pretensão reparatória acatada.⁶³

No Código Civil de 2002 os artigos 1537 e 1554 do CC/16 foram alterados para os artigos 948 e 949.

"Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido."⁶⁴

A leitura desses artigos demonstra que não há mais nenhum obstáculo para a aplicação da teoria, uma vez retratam assuntos completamente distintos da teoria da perda de uma chance. Observa-se no ordenamento jurídico brasileiro e nas regras de responsabilidade civil a perfeita concordância com o reconhecimento da perda de uma chance, principalmente em se tratando de uma chance séria e real com o nexo causal comprovado.

Como a perda de uma chance não está expressamente estabelecida na lei, os juízes para aplicá-la, fazem uso do artigo 927 do Código Civil de 2002. Portanto, enquanto na legislação não houver um artigo específico, o instituto fica abrigado no artigo 927 c/c 186 do Código Civil. Seguindo este entendimento, se faz importante colacionar julgamento do TJDFT:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RESCISÃO DO CONTRATO POR INICIATIVA DO CONTRATANTE. CLÁUSULA AD EXITUM. PERDA DE UMA CHANCE. INAPLICABILIDADE.

1. A teoria da perda de uma chance é parte da teoria dos ilícitos civis, atraindo, pois, a aplicação do artigo 927 do CC/02, o qual prescreve: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." (art. 927 do CC/02)". Logo, a reparação deve estar calcada na ocorrência de um ato ilícito e na demonstração de efetiva probabilidade de obtenção do resultado pretendido.

⁶³ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009 p. 94

⁶⁴ BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccv03/LEIS/2002/L10406>>. Acesso em 30/maio/2014.

2. Ao destituir o advogado, o contratante apenas exerce o seu direito de não continuar sendo patrocinado na causa por aquele, não havendo, pois, fato antijurídico, mesmo havendo a cláusula ed exitum, em que impede o causídico de auferir eventual vantagem econômica no curso do processo. Portanto, não há falar em aplicação da teoria da perda de uma chance.

(...)

(Acórdão n.740513, 20110111235489APC, Relator: CRUZ MACEDO, Revisor: FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/11/2013, Publicado no DJE: 06/12/2013. Pág.: 291) (grifo nosso)

Em casos de responsabilidade da administração pública também pode ser aplicado o artigo 36 § 6º da Constituição Federal, uma vez que este artigo obriga o estado a efetuar a reparação quando, por sua ação ou omissão, ocasiona a perda de uma chance do indivíduo de desfrutar de determinada vantagem.⁶⁵

Além da cláusula geral de responsabilidade civil, o Código Civil em seu artigo 402: "*Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*"⁶⁶. Prevê que o ofendido deverá receber o que "efetivamente perdeu" e o que "razoavelmente deixou de lucrar", ou seja, prevê o princípio da reparação integral dos danos.

Existem diversas controvérsias quanto a aplicação deste princípio. Entretanto, uma vez que a Constituição federal⁶⁷ consolida, em seu artigo 3º, I, o direito de todos a um reparação eficaz, justa e, conseqüentemente, plena, a necessidade de indenização não pode ser negada nos casos nos quais alguém perde uma oportunidade ou chance em decorrência de atos de outrem. A recusa da pretensão indenizatória nestes casos seria equivalente ao descumprimento da Constituição Federal e seria necessário reler os institutos tradicionais de Direito Civil a luz do texto constitucional.

⁶⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp: 1308719 MG 2011/0240532-2, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 25/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2013.

⁶⁶ BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406>. Acesso em 30/maio/2014.

⁶⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao> Acesso em 1/abril/2014.

O mencionado dispositivo deve ser lido de maneira sistemática e de acordo com a CF. Ainda assim, no caso concreto a indenização poderá ser reduzida proporcionalmente, onde, neste caso, o princípio constitucional da justiça é o que está sendo privilegiado.

O direito brasileiro passou por uma evolução considerável para que a perda de uma chance chegasse em seu atual panorama. Sua aplicação não era nem sequer considerada, um exemplo foi o ocorrido em 1936, quando um juiz do Tribunal de Justiça do Estado de SP declarou em seu julgamento que um recurso perdido por negligência do advogado que deixou de pagar as taxas recursais, não abre a possibilidade de dano para ser indenizado.⁶⁸

Em relação as diversas obras de doutrina, acredita-se que a obra “Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências”, escrita por Agostinho Alvim em 1955, tenha sido a primeira a abordar a perda de uma chance, ainda que esta não tenha discutido especificamente o assunto. A perda de uma chance foi enquadrada como lucro cessante, e, como já abordado aqui, tal classificação é atualmente tida como equivocada pela doutrina.

Quando Sérgio Novais Dias lançou, em 1999 sua obra intitulada “Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance” ele realizou uma profunda reflexão sobre a perda da chance nos casos em que o advogado é responsável ou não pela sua atuação em caso de eventual subtração de seu cliente. Novais é considerado por Sérgio Savi, o autor pioneiro a dedicar uma obra completa ao assunto da perda de uma chance no Brasil.⁶⁹

Os livros mais recentes publicados por Sergio Savi, de 2005, Responsabilidade civil por perda de uma chance, e por Rafael Peteffi, de 2007, Responsabilidade civil pela perda de uma chance, são considerados referências no universo jurídico sobre o assunto e são também citados em decisões judiciais.

Em relação à jurisprudência, no ano de 1997, o Estado de São Paulo e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de SP foram demandados pela

⁶⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009 p. 97

⁶⁹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37

Ipiranga. Nesta situação, a Petrobras fixou seus postos de estabelecimento ao longo da rodovia Castelo Branco, sem passar por um processo licitatório prévio. A Ipiranga frente a impossibilidade de participar do processo licitatório demandou indenização pela perda dessa chance.

O juízo de primeiro grau compreendeu haver impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a indenização por perda de uma chance é inviável no direito brasileiro. Em sede de apelação, o TJSP considerou que a decisão de primeiro grau necessitava ser reformada e em novo julgamento a pretensão foi provida a título de lucros cessantes, sem mencionar a chance perdida.

A partir deste caso fica claro que havia uma grande insegurança nos Tribunais quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance. No entanto, atualmente a aplicação da teoria tem ocorrido de uma forma mais pacífica e com critérios estabelecidos de uma forma mais uniforme, conforme será abordado no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 3 A PERDA DE UMA CHANCE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O presente capítulo apresenta a interpretação jurisprudencial da responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil. Será feita a análise de julgados que demonstram os critérios doutrinários estabelecidos para a correta aplicação da teoria, bem como julgados que aplicam de forma incorreta estes critérios ou não aplicam a teoria de forma alguma. Serão abordados de forma a verificar o uso habitual do instituto nos Tribunais brasileiros e proporcionar uma melhor compreensão do que foi abordado nos capítulos anteriores.

3.1 Jurisprudência favorável à tutela da perda de uma chance

3.1.1 Dados do julgado: Superior Tribunal de Justiça, RESP 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. **Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.**

(...)Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de

indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(RESP 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010) (grifo nosso)

Trata-se de ação indenizatória com base no contrato de mandato firmado entre as partes, na qual os requeridos foram contratados para prestar serviços advocatícios ao autor, para defesa de ação judicial proposta por Bruno Assis do Amaral. Relata o autor que houve negligência dos advogados, apresentando defesa fora do prazo processual cabível, com isso o autor que sofreu condenação e está sofrendo execução da sentença.

Após a sentença de condenação, os advogados foram intimados e não interpuseram nenhum tipo de recurso para tentar modificar a situação de seu cliente. A doutrina da perda de uma chance tem sido aplicada em casos de responsabilidade do advogado e do médico que em razão de conduta desidiosa por parte do contratado, o contratante perde a oportunidade de ver satisfeita a sua pretensão.

Para que esta teoria seja aplicada nos casos de médicos e advogados, bem como em outros casos, a jurisprudência aplica o artigo 186 do Código Civil de 2002, que é a clausula geral de responsabilidade civil, combinado com o artigo 927, CC que estabelece o resultado do cometimento de um ato ilícito, ou seja, a reparação. Estes dispositivos, como já esclarecido, se aplicam dada a ausência de lei expressa que admita a teoria da perda de uma chance.

É importante ressaltar que ao aplicar a teoria da perda de uma chance os tribunais estabeleceram diversos critérios para a sua correta utilização. Tais critérios não se encontram uniformizados na jurisprudência, causando diversas decisões contraditórias. No entanto, alguns critérios estão sendo consolidados como essenciais para a sua aplicação, como a constatação de ser uma chance séria e real. Tal critério está claramente delimitado na ementa colacionada acima, desse modo a chance tem de revelar mais que uma singela expectativa subjetiva ou uma mera possibilidade de um dano hipotético.

Conforme lição de Rafael Peteffi, o critério da seriedade é o mais utilizado pelos Tribunais Franceses para diferenciar os “danos potenciais e prováveis” dos danos “puramente eventuais e hipotéticos”. Assim como, os Tribunais Norte-Americanos que com base neste critério restringem amplamente a aplicação da teoria da perda de uma chance. O autor descreve o sistema americano chamado de “*more likely than not*”, esse sistema estabelece que o critério de aplicação da teoria é a probabilidade menor que 50% da chance ocorrer, se ficar comprovado que o resultado tinha mais de 51% de chance ocorrer fica o nexo causal é estabelecido e a teoria não é aplicada.⁷⁰

Em oposição, o sistema italiano estipula que a chance só será indenizável caso a vítima prove que tinha ao menos 50% de probabilidade de auferir a vantagem esperada. Caso o entendimento seguido pela jurisprudência brasileira fosse este casos como o emblemático caso do Show do Milhão⁷¹, não teriam suas pretensões acolhidas uma vez que a chance da autora de obter o prêmio do programa era de 25%. Bem como o caso colacionado acima, vez que casos de negligência por parte dos advogados tem uma grande incerteza acerca da vantagem esperada e o calculo de uma probabilidade acima de 50% tornaria raras as reparações.

Quanto à prova a ser produzida nesses casos, a jurisprudência brasileira exige que reste comprovado não apenas a perda de uma chance, é imperativo ainda que essa chance revista-se de atualidade ou eminência.

3.1.2 Dados do julgado: Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 7.219.871-9, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador MOURA RIBEIRO, j. em 27/11/2008

Outro tema necessariamente debatido na jurisprudência é a quantificação. A valoração da chance perdida encontra seu limite máximo no valor da vantagem esperada, já que se seu valor fosse igual a da vantagem teríamos o que a vítima

⁷⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 142

⁷¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP 788459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334

razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, os lucros cessantes. Portanto, a indenização deve corresponder a uma parcela do ganho esperado pela parte arbitrada com critérios de proporcionalidade pelo juiz.⁷² O quantum indenizatório deve refletir a probabilidade de ocorrer tais ganhos e expectativas da parte sendo fixado um percentual deste valor.

Um exemplo que ilustra a correta utilização deste critério, é a Apelação nº 7.219.871-9 do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS JULGADA PROCEDENTE. Preliminares rejeitadas -Acolhimento parcial no mérito - Evidente responsabilidade do banco-réu, que foi negligente ao firmar e executar contrato que continha assinatura falsa - Prejuízos morais e materiais ao autor, empresário que teve obstada a concessão de crédito para o desenvolvimento de projeto em razão da negativação do seu nome - Dano moral que independe de comprovação - Verba indenizatória dos danos morais mantida, face à repercussão da conduta do banco réu, da condição econômica das partes, do abalo sofrido e da quantia pela qual o autor foi demandado - Critério para a fixação dos danos materiais que merece ser reformado em parte - **Aplicação da teoria da "perda de uma chance" - Foi tirada do autor a oportunidade de obter um provável, mas não absolutamente certo, resultado proveitoso - Indenização pela chance perdida e não pelo resultado visado** - Preliminares rejeitadas - Recurso parcialmente provido

(Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 7.219.871-9, 11ª Câmara de Direito Privado, Rei. Desembargador MOURA RIBEIRO, j. em 27/11/2008) (grifo nosso)

O autor deste recurso teve sua assinatura adulterada em contrato celebrado com o banco réu, ao demandar o autor pelo inadimplemento do contrato ficou comprovado que a referida assinatura era falsa.

A comprovação da falsidade da assinatura foi feita por meio de perícia judicial e por meio de instituto da confiança do banco réu, mesmo com referida comparação o banco não desistiu da ação ou tentou reparar a falha cometida. Isto ocasionou para o autor uma negativa de obtenção do crédito que precisava para desenvolver seu projeto que foi incluído em programa governamental do Estado do Paraná.⁷³

⁷² BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação nº 1.0024 05 700546-4/001, 11 Câmara Cível, Rei. Desembargadora SELMA MARQUES, j. em 17/09/2008

⁷³ BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 7.219.871-9, 11ª Câmara de Direito Privado, Rei. Desembargador MOURA RIBEIRO, j. em 27/11/2008

Caso seu nome não estivesse negativado, poderia ter obtido crédito suficiente para desenvolver e implantar seu projeto e receber esperado retorno econômico. À vista disso, o Desembargador Moura Ribeiro concluiu que ele deve ser indenizado com base na teoria da perda de chance de alcançar o benefício do seu projeto. Isto posto, o Relator recolhe a dificuldade de quantificar a indenização merecida pelo autor e expõe os critérios que considera razoáveis.

O autor deve receber uma fração do provável salário que ele receberia caso seu projeto tivesse o investimento necessário. Sendo assim, o réu deveria pagar ao autor R\$ 111.644,52 (cento e onze mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e cinquenta e dois centavos), resultado, da multiplicação do salário líquido de um gerente de desenvolvimento de produto (R\$ 9.303,71) por 12 (doze) meses. Importa ressaltar que poderia ser estabelecido um valor a mais pela possível divisão dos lucros baseada na previsão de faturamento da usina. Entretanto, essa estimativa não possui dados suficientes para ser feita.⁷⁴

3.1.3 Dados do julgado: Superior Tribunal de Justiça, RESP 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009

Ademais, estabeleceu-se na jurisprudência o que muito se discutia na doutrina, a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance tanto aos danos morais quanto aos materiais.

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. **Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco**

⁷⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 7.219.871-9, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desembargador MOURA RIBEIRO, j. em 27/11/2008

de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

[...]

(RESP 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009) (grifo nosso)

Parte da jurisprudência de alguns estados e uma parcela da doutrina considerava que a perda de uma chance somente ensejaria reparação a danos morais, ou até mesmo, seria apenas um fator agregador ao dano moral. Em contraposição a esse entendimento, Sergio Savi professa que, em nenhuma hipótese, a perda de uma chance pode ser classificada exclusivamente como dano moral, ele admite que ela pode representar dano material e, além disso, um agregador do dano moral. Essa inovação de Savi tem sido adotada por diversos tribunais, como revela o precedente acima.⁷⁵

3.2 Jurisprudência favorável com aplicação inadequada

3.2.1 Dados do julgado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70003568888, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 27/11/2002

RESPONSABILIDADE CIVIL. INFORMAÇÕES DESABONATÓRIAS SOBRE A CONDUTA DO AUTOR. PERDA DA CHANCE. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DANO MATERIAL. NÃO COMPROVAÇÃO.

I – Indubitável que a ré é responsável pelos atos de seu preposto que, por ordem ou não de seus superiores, forneceu informações inverídicas sobre a conduta do autor, informações estas, determinantes para a não contratação deste por outras empresas.

II – Dano material afastado. Ausência de comprovação.

⁷⁵ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. pg. 83

III – Danos morais. Manutenção do quantum.

(Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70003568888, Sexta Câmara Cível, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 27/11/20) (grifo nosso)

Trata-se de apelação combatendo sentença em ação de responsabilidade civil em que o ora autor alegava que trabalhou para a demandada durante 10 anos, sendo demitido sem justa causa. Ressaltou que, ao procurar novo emprego, constatou que a demandada fornecia informações inverídicas a seu respeito, portanto as respostas eram sempre negativas. Pleiteou o reconhecimento da ocorrência de danos morais e materiais que devem ser indenizados.

No voto de referida apelação o Desembargador decide

Quanto aos danos materiais, tenho que estes incorreram. Embora seja evidente o prejuízo sofrido pelo autor em razão das informações prestadas quanto a sua pessoa, tenho que não se pode presumir que este conseguiria o emprego nas empresas mencionadas, e, muito menos, lá permaneceria trabalhando por muito tempo. Tenho que o maior prejuízo sofrido pelo autor foi a *perda da chance* de obter o emprego, ou seja, a possibilidade de concorrer com os demais candidatos em patamar de igualdade, com a mesma possibilidade de obter a vaga. **No meu entender, tal prejuízo encontra-se na esfera dos danos morais, devendo ser levado em conta quando do arbitramento destes.** Não vislumbro possibilidade de condenar a ré ao pagamento dos salários que o autor perceberia caso conseguisse o emprego, pois, tal fato não passa de uma presunção, não acompanhada da prova necessária para a condenação da empresa ré por danos materiais. (grifo nosso)

O desembargador destaca que que não houve a ocorrência de danos materiais uma vez que não há nexo de causalidade seguro entre a conduta da ré e a perda da chance esperada. Desta forma, ele ressalta a impossibilidade de reparar os salários que o autor receberia, já que estes salários, ao seu ver, corresponderiam à reparação do dano final.

Entretanto, a doutrina da perda de uma chance já estabeleceu que não há necessidade de ocorrer o nexo causal entre a conduta e a chance esperada, vez que se restasse confirmado tal nexo, estaríamos diante de danos emergentes e da reparação do dano final. Dessa forma, se a certeza do dano estivesse configurada estaríamos falando de algo preciso, e não provável como é a teoria da perda de uma chance. Sendo assim, para que uma chance tenha de ser reparada basta que se estabeleça uma probabilidade aleatória de ocorrência do fato.

A chance de conseguir um emprego, bem como de obter êxito em um concurso público ou processo seletivo é um procedimento aleatório em que esta inserido na seara de reparação da teoria da perda de uma chance.⁷⁶ Não há como afirmar que a supressão da chance de concorrer a um emprego não deve ser indenizada como uma chance perdida, uma vez que a pessoa sofre uma diminuição no seu patrimônio advinda do benefício que a prestação poderia trazer.

Conclui-se que a definição da teoria da perda de uma chance pode ser ilustrada pelo caso acima e não há como sua reparação não ocorrer. Como já explicado neste trabalho, sabe-se que há uma probabilidade, no entanto é inviável assegurar que o resultado ocorreria caso o ato ilícito não ocorresse. Sendo assim, a reparação não será aferida com base no valor do lucro esperado e sim com base nos percentuais de probabilidade da chance ser alcançada.

Ademais, a capacitação do candidato e a oferta de vagas existentes, bem como o salário que poderia vir a receber servem para quantificar a chance perdida tornando ainda mais concreta sua reparação.⁷⁷

3.2.2 Dados do julgado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70005473061, Nona Câmara Cível, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 10/12/2003

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, **deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória.** Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CCB/1916. APELO DESPROVIDO.

⁷⁶ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 210

⁷⁷SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 210

(Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70005473061, Nona Câmara Cível, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 10/12/2003) (grifo nosso)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que, em ação ordinária, condenou a ré, pela perda de chance, ao pagamento do montante de R\$ 800,00 mensais, pelo período em que o autor restou impossibilitado de trabalhar, conforme apurado em liquidação por artigos, e dano morais. O autor contratou o serviço da apelante a fim de ser ajuizada ação indenizatória em virtude de haver sofrido acidente de trânsito, impossibilitando-o para o trabalho.

Processado o feito sobreveio sentença de improcedência, transcorrendo o prazo para a interposição de recurso e transitando em julgado a decisão. Busca o autor na ação ver-se ressarcido dos valores que deixou de obter em face da improcedência da demanda intentada anteriormente, sob o fundamento de haver a advogada contratada para o ajuizamento da ação que restou inexitosa, agido de forma negligente na condução daquela demanda.

Sabe-se que ao ajuizar uma ação ou um recurso, não há nenhuma garantia de que eles serão julgados procedentes. A análise dos argumentos de determinada ação ou recurso serão avaliados pelo magistrados de determinado tribunal e poderão ou não serem providos.

Nesta linha, ao se demandar um advogado negligente não se está demandando pela perda da chance da demanda lograr êxito e sim pela perda da chance de ver sua demanda ser apreciada no judiciário, uma vez que o êxito não é certo. Por outro lado, a quantificação da reparação deve ser feito na chance da demanda lograr êxito com base na jurisprudência de determinado Tribunal.

No caso colacionado acima, observa-se que é reconhecida a tutela da teoria da perda de uma chance, mas a advogada negligente é condenada ao pagamento de tudo aquilo que o autor faria jus se o recurso tivesse sido protocolado no prazo legal e provido pelo Tribunal.

De acordo com Sérgio Savi⁷⁸, o acórdão, equivocadamente, condenou a advogada a reparar lucros cessantes sofridos por seu cliente. Como já estabelecido, não há como afirmar que esse recurso seria sequer conhecido, de

⁷⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. pg 67

forma que não se pode indenizar como se tivesse sido provido. Pode-se afirmar que ele tinha chance de ser provido e essas chances é devem ser indenizadas. Ademais, não há nexos causal estabelecido entre a conduta da advogada e a perda do êxito na ação judicial e assim não há como condenar a advogada ao pagamento de lucros cessantes.

Além disso, a indenização por perda de uma chance, como já dito, deve corresponder a uma parcela do ganho esperado pela parte arbitrada com critérios de proporcionalidade pelo juiz. O quantum indenizatório deve refletir a probabilidade de ocorrer tais ganhos e expectativas da parte sendo fixado um percentual deste valor e não o valor integral, como foi feito no acórdão colacionado acima.

3.2.3 Dados do julgado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2003.001.19138. Relator: Desembargador Ferdinando do Nascimento. Rio de Janeiro. Julgado em 07 de outubro de 2003.

MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE PERDA DE PRAZO. DANOS MORAIS JULGADOS PROCEDENTES. A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente. Conjunto probatório contrário a tese do Apelante. É certo que o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda de prazo caracteriza a negligência profissional. Da análise quanto à existência de nexos de causalidade entre a conduta do Apelante e o resultado prejudicial à Apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de ver apreciado o seu recurso à sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista, pelo ato do seu mandatário, o qual se comprometera ao seu fiel cumprimento, inserido que está, no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra a qual irressignou-se o mandante. **Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Estabelecidas a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexos de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral.** RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2003.001.19138. Relator: Desembargador Ferdinando do Nascimento. Rio de Janeiro, julgado em 07 de outubro de 2003). (grifo nosso)

Trata-se de ação indenizatória ajuizada em face do advogado Sebastião Carneiro da Silva. A autora contratou seu serviços para defesa de seus direitos em uma reclamação trabalhista, ocorre que o réu interpôs recurso oito dias após o prazo previsto. Nesta ocasião, o recurso foi confirmado como intempestivo em acórdão.

Neste acórdão, mais uma vez, somente o dano moral foi reconhecido como correspondente a perda de uma chance. Não se reconheceu o valor patrimonial perdido pela empresa autora. Ademais, sua importância reside no fato de que a reparação por dano moral para pessoas jurídicas somente ocorre em casos excepcionais e neste caso serviu novamente como um meio de escapar das dificuldades técnicas que traria a quantificação do dano patrimonial sofrido pela empresa autora.

3.3 Jurisprudência desfavorável à tutela da perda de uma chance

3.3.1 Dados do julgado: Superior Tribunal de Justiça, RESP 32575/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/1997, DJ 22/09/1997, p. 46396

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPENSA DE LICITAÇÃO OBRIGATORIA PARA A CESSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS. HIPÓTESES EM QUE O DIREITO DE TERCEIROS, INTERESSADOS NESSE USO, NÃO VAI ALEM DA ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. SE O ESTADO DISPENSA A LICITAÇÃO PARA A CESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO, AS EMPRESAS ASSIM ALIADAS DA CONCORRÊNCIA DEVEM ATACAR O ATO ADMINISTRATIVO QUE DEIXOU DE SEGUIR O PROCEDIMENTO PRÓPRIO; SEM A ANULAÇÃO DESTA, O HIPOTÉTICO LUCRO QUE TERIAM SE VENDESSEM A LICITAÇÃO NÃO É INDENIZÁVEL, **NA MEDIDA EM QUE O ARTIGO 1.059 DO CÓDIGO CIVIL SUPÕE DANO EFETIVO OU FRUSTRAÇÃO DE LUCRO QUE RAZOAVELMENTE SE PODERIA ESPERAR - CIRCUNSTÂNCIAS INEXISTENTES NA ESPÉCIE, EM RAZÃO DA INCERTEZA ACERCA DE QUEM VENCERIA A LICITAÇÃO, SE REALIZADA.** RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO CONHECIDO E PROVIDO; PREJUDICADO O RECURSO INTERPOSTO PELA CAMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA.

(RESP 32575/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/1997, DJ 22/09/1997, p. 46396) (grifo nosso)

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Companhia de Petróleo Ipiranga demandando o Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de São Paulo e o Estado de São Paulo. A autora demandava indenização pela ausência de licitação e consequente supressão de concorrência, buscando a responsabilização do DER e do Estado de São Paulo. Uma vez que o referido órgão, sem licitação, cedeu à Petrobrás áreas de terrenos para implantação de centros de abastecimento e serviços ao longo da Rodovia Presidente Castello Branco.

O juiz de primeiro grau entendeu pela carência da ação por não existir possibilidade de indenizar tal espécie de dano. Em segunda instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a hipótese é em tese indenizável e enviou os autos para um novo julgamento de primeira instância. O novo julgamento concedeu a indenização para autora sob a forma de lucros cessantes sem esclarecer se estaria indenizando a perda de uma chance ou o dano final.

Deste novo julgamento foi interposta apelação no Tribunal de Justiça de São Paulo que estabeleceu que a demandante possui o domínio de 11,113% do mercado e deve ser indenizada. Contra esta decisão foi interposto, pelo Estado de São Paulo, o Recurso especial em questão que restou provido.

O Ministro Ari Pargendler estabeleceu que a melhor decisão neste caso foi a da sentença de primeiro grau anulada, ou seja, há carência de ação neste caso. Em suas palavras: “Não se achava a agravante diante de uma possibilidade objetiva de lucro, mas de mera chance de vencer a licitação, se não fora o ato impugnado. O lucro era, ainda, hipotético. E lucro hipotético não se indeniza.”

Entretanto, já ficou estabelecido neste trabalho, que a licitação assim como o concurso público é um processo aleatório que está inserido na seara de reparação da teoria da perda de uma chance. Não há como afirmar que a supressão da chance de concorrer a um emprego não deve ser indenizada como uma chance perdida, uma vez que a pessoa sofre uma diminuição no seu patrimônio advinda do benefício que, eventualmente, a prestação poderia trazer. Da mesma forma que, no caso, a chance de participar de uma licitação em que teria uma chance séria e real de vencer pelo menos um dos 6 postos colocados a disposição.

CONCLUSÃO

Foi abordado neste trabalho a responsabilidade civil por perda de uma chance e sua aplicação no Direito brasileiro. Entende-se como perda de uma chance a interrupção de uma situação fática em que se almejava obter no futuro algo benéfico ou de evitar determinado prejuízo. Situações fáticas como não progredir na carreira artística ou militar, deixar de recorrer de uma decisão desfavorável por falha do advogado, são reconhecidas como hipóteses em que cabe indenização por perda de uma chance.

A problemática envolveu a possibilidade da interpretação jurídica da teoria da perda de uma chance. A hipótese respondeu afirmativamente ao problema proposto, conforme foi verificado nos argumentos desenvolvidos ao longo desta pesquisa. Esta verificação teve como base as particularidades da responsabilidade civil e da teoria da perda de uma chance, a sua aplicação no direito estrangeiro e à luz do código civil brasileiro, e por fim a realidade da perda da chance na jurisprudência pátria e seus desdobramentos. O trabalho foi dividido em três capítulos, contendo doutrina, legislação contemporânea e direito brasileiro comparado com o estrangeiro e a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e a documental.

No primeiro capítulo abordou-se de forma introdutória aspectos gerais sobre a responsabilidade civil. Posteriormente foi definido o dano como pressuposto da responsabilidade civil. Por fim, a doutrina da perda de uma chance foi analisada como parte integrante da responsabilidade civil.

Os critérios que foram estabelecidos pelo doutrinadores ao tornar possível a perda de uma chance foram abordados, de uma forma geral, neste capítulo estabelecendo que uma chance reparável deve ser uma chance séria e real, que acarrete ao lesado condições pessoais concretas de pleitear a situação futura esperada. Nesta linha, o proveito previsto pela vítima não pode ser constituído por uma mera eventualidade, se fosse assim, não estariam sendo indenizadas oportunidades perdidas.

No segundo capítulo, discutiu-se a definição do instituto da responsabilidade por perda de uma chance e seus aspectos no direito comparado, tais como os

direitos francês, o italiano e o inglês. Passou-se a abordar a teoria da perda de uma chance sob o enfoque do ordenamento jurídico brasileiro e em comparação com os institutos assemelhados constantes em referido ordenamento.

Os institutos assemelhados abordados foram o dano emergente, o lucro cessante e o dano moral. Há uma discussão doutrinária sobre em qual desses institutos estaria encaixada a teoria da perda de uma chance, a posição defendida no presente trabalho foi que ela configura uma categoria a parte, visto que não se encaixa com precisão em nenhum dos referidos institutos.

Cristiano Chaves de Farias⁷⁹ define lucro cessante como sendo o equivalente ao acréscimo patrimonial conferido ao ofendido, se a obrigação contratual ou legal não fosse desobedecida. Sendo assim, no lucro cessante há uma probabilidade objetiva do resultado reparável acontecer caso não tivesse sido interrompido pelo ato ilícito e na perda de uma chance há apenas uma probabilidade aleatória. Sabe-se que há uma probabilidade, no entanto é inviável assegurar que o resultado ocorreria caso o ato ilícito não ocorresse. Sendo assim, a reparação não será aferida com base no valor do lucro esperado e sim com base nos percentuais de probabilidade da chance ser alcançada.

Por outro lado, o dano emergente é o que ofendido efetivamente perdeu, ou seja, sua real diminuição patrimonial. A perda de uma chance é considerada por muitos uma subespécie de dano emergente, se a certeza do dano estivesse configurada estaríamos falando de algo preciso, e não provável como é a teoria da perda de uma chance.

O dano moral é a ofensa a direito da personalidade independente de agravo patrimonial. Ficou claro que os tribunais ao considerarem a perda de uma chance como dano moral desconsideram qualquer reparação material, isolada ou combinada com os danos morais. Contudo, há certeza de que além dos danos morais a perda de uma chance causa danos materiais e, por isso, não pode ser admitida como um dano exclusivamente moral.

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 574.

A perda de uma chance é uma categoria autônoma de dano, uma vez que esta teoria não se encaixa em nenhum dos institutos correlatos vistos acima.

Observou-se que no ordenamento jurídico brasileiro e nas regras de responsabilidade civil há perfeita concordância com o reconhecimento da perda de uma chance, principalmente em se tratando de uma chance séria e real com o nexo causal comprovado. Como a perda de uma chance não está expressamente estabelecida na lei, os juízes para aplicá-la, fazem uso do artigo 927 do Código Civil de 2002. Portanto, enquanto na legislação não houver um artigo específico, o instituto fica abrigado no artigo 927 c/c 186 do Código Civil.

No terceiro capítulo apresentou-se a interpretação jurisprudencial da responsabilidade civil por perda de uma chance no Brasil. Inicialmente, a jurisprudência favorável à tutela da perda de uma chance abordando questões como a respeitar os critério de seriedade e realidade; a quantificação da chance e o limite máximo de sua valoração; e a aplicação da perda da chance tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

Após isto, observou-se a jurisprudência favorável a tutela com aplicação inadequada da teoria, tal como não reconhecimento do caráter material da teoria da perda de uma chance; a reparação do resultado esperado e não da chance perdida e da reparação somente de dano moral. Por fim, a jurisprudência desfavorável à tutela da teoria da perda de uma chance.

Por tudo isso, concluiu-se ser válida a hipótese desta pesquisa, quanto a ser aplicada a teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro como fato reparável, via responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. Ed. Jurídica e Universitária.

BOCCHIOLA, Maurizio. *Perdita di una chance e certezza del danno* apud SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406>. Acesso em 20/maio/2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao> .Acesso em 30/maio/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP 61512/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 25/08/1997, DJ 01/12/1997, p. 62757.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP 1308719/MG 2011/0240532-2, Rel: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 25/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP 32575/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/1997, DJ 22/09/1997, p. 46396.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 20110111235489APC, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/11/2013, Publicado no DJE: 06/12/2013. Pág.: 291.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 1.0024 05 700546-4/001, 11 Câmara Cível, Rei. Desembargadora SELMA MARQUES, j. em 17/09/2008.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2003.001.19138.Relator: Desembargador Ferdinaldo do Nascimento. Rio de Janeiro. Julgado em 07 de outubro de 2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70007261795, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Leo Lima, j. em 27/11/2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70003568888, Sexta Câmara Cível, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 27/11/2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70005473061, Nona Câmara Cível, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 10/12/2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 7.219.871-9, 11ª Câmara de Direito Privado, Rei. Desembargador MOURA RIBEIRO, j. em 27/11/2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa *Obrigações e responsabilidade civil*. 5a edição. Ed. Saraiva, 2012.

DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale della responsabilità civile* apud SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil : Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e atuali. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 185

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Obrigações*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVIT, Nancy. *Ethereal torts*. George Washington Law Review, v. 61, nov. 1992 p. 139.

LIMA, Zulmira Pires. *Algumas considerações sobre a responsabilidade civil por danos morais*, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2.º suplemento, Coimbra, 1940, v. XV.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obrigações*. 9. ed. ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: Obrigações em geral*, V.II, 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Roberto de Abreu e. *A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 68, jul./ago./set. 2006.

VENOSA, Sílvio de Savo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 9 ed., São Paulo: Atlas. 2009.